Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

II.

Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für Custodia.

Von Herrn Dr. Baron,
Professor in Berlin.*)

§. 1. Einleitung.

Diese Ueberschrift soll eine captatio benevolentiae sein; ich will mir das Zutrauen des Lesers nicht dadurch verscherzen, daß ich von culpa levissima rede, nein, ich verwerfe diese

*) Inhaltsübersicht:

§. 1. Einleitung.
1) §. 2. Die Haftung des Speicherinhabers für Custodia bis zu Zufall und höherer Gewalt.
2) §. 3. Die gleiche Haftung der Schiffer und Wirthe, des conductor operis und operarum.
§. 4. Fortsetzung.
3) §. 5. Der Verkäufer nach Maß, Zahl und Gewicht haftet für custodia plena.
4) §. 6. Der Commodatar haftet für custodia diligens, exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patrisfamilias.
5) §. 7. Der conductor rei haftet für custodia diligentissimi patrisfamilias.
6) §. 8. Der Pfandgläubiger haftet für exacta diligentia, für custodia. Abweichende Meinung von Paulus.
7) §. 9. Der negotiorum gestor haftet für exacta, exactissima diligentia; ihm gleich steht der mit einem Vindicationslegat beschwerte Erbe.
8) §. 10. Andere Geschäftsführer (Mandatar, Gemeinschafter, Vormünder) haften gar nicht oder nur ausnahmsweise für diligentia und custodia im höchsten Sinn.
9) §. 11. Der Depositar haftet nur ausnahmsweise für Custodia.
10) §. 12. Commodatähnliche Geschäfte.
§. 13. Die l. 23 D. de reg. jur. 50, 17.
§. 14. Innerer Gehalt der diligentia exactissima und des diligentissimus paterfamilias?

durchaus; nichts deſtoweniger nehme ich eine diligentia exactissima (exacta, zuweilen auch diligentia ſchlechthin genannt), einen diligentissimus paterfamilias an, und ſcheide ſie von der gemeinen diligentia und von dem bonus oder diligens paterfamilias. Wem ſelbſt dies noch zu viel erſcheint, den verweiſe ich vorläufig auf zwei Autoritäten: einen römiſchen Juriſten (Paulus) und einen heutigen Romaniſten (Brinz).

Paulus ſchreibt in l. 226 de verb. sign. 50. 16:

· magna negligentia culpa est . . .

Alſo nicht jede Nachläſſigkeit iſt Culpa, ſondern erſt die große; neben der großen giebt es nun eine kleine; deren Begehen involvirt zwar durchaus keine Culpa, iſt aber doch vermeidlich und, wenn nicht vermieden, Grund zur Haftung.

Brinz ſchreibt:[1])

„Darüber, ob levis culpa wirklich omnis culpa —, die gemeine diligentia wirklich die äußerſte ſei, welche verlangt werde; oder umgekehrt, ob diejenige diligentia, welche gemeinhin verlangt wird, die äußerſte (an der Grenze der vis major) ſei; oder ob nicht doch ein Gegenſatz von levis und levissima culpa, von diligentia diligentis und diligentia diligentissimi (exactissima) zu Recht beſtehe, zwar gemeinhin gemeine diligentia, mitunter aber ungemeine diligentia zu präſtiren ſei: darüber verurſachen uns l. 3 §. 1 naut. 4, 9; l. 18 pr. l. 5 §. 2 commod. 13, 6; l. 25 §. 7. loc. 19, 2; l. 47 §. 5 de leg. I (30); l. 23 de reg. jur. 50, 17 noch immer mehr Zweifel, als uns Löhr, Haſſe, Unterholzner, Bangerow und Andere Beruhigung verſchaffen."

Man ſieht, Brinz hält nicht blos die Annahme einer diligentia diligentissimiviri, exactissima für nicht außer dem Bereiche der Nachweisbarkeit, ſondern auch daneben die Annahme einer culpa levissima. Dieſen Schluß hinwiederum möchte ich vermieden wiſſen; ich möchte die rieſige Arbeit, welche (nach Thibaut und Löhr) von Haſſe aufgewendet wurde, für nicht vergeblich erklären.

---

1) Pandekten S. 594.

Was ich beweisen möchte, sind folgende Sätze:

1) Gewisse Schuldner müssen für jeden Schaden aufkommen, welcher durch Beschädigung oder Diebstahl an der geschuldeten Sache eintritt; sie müssen dies auch dann, wenn sie ohne alle Culpa sind;[2]) nur durch Zufall und höhere Gewalt werden sie befreit.

2) In Folge dieser eminenten Haftung steht ihnen die act. furti auch dann zu, wenn der Diebstahl ohne ihre Culpa geschehen ist; das Interesse, eine nothwendige Voraussetzung der act. furti, besteht (vielleicht in dem Vortheil, der ihnen durch den Diebstahl entging, jedenfalls aber) in ihrer eigenen Haftung gegenüber ihrem Gläubiger.

3) Die Haftpflicht in dem ad 1 gedachten Sinne wird in den Quellen custodiam praestare genannt, gewöhnlich mit einem Zusatz, welcher sie von der custodia boni patrisfamilias unterscheidet. Zuweilen heißt sie auch diligentiam praestare.

4) In den meisten dieser Schuldverhältnisse wird vom Schuldner die Anerkennung einer diligentia exacta, exactissima, wie sie nur ein diligentissimus paterfamilias leisten kann, verlangt.

1) §. 2. Die Haftung des Speicherinhabers für Custodia bis zu Zufall und höherer Gewalt.

Die Benutzung der Magazine und Speicher fand in der römischen Kaiserzeit in einem bedeutenden Umfange statt; sie waren an die Stelle der Tempel getreten, deren Castellan (aedituus) früher die Aufbewahrung von Gegenständen der Privatpersonen besorgt hatte; sie scheinen in Masse bestanden zu haben; von Alexander Sever wird berichtet, daß er sogar von

2) Nicht also, wie Löhr behauptete, ist ein Diebstahl ohne Schuld des für Custodia haftenden unmöglich. Gerade im Gegentheil! Trotz des Mangels an Schuld tritt die Haftung für den Diebstahl ein. Das ist die richtige Entscheidung der bekannten Streitfrage. Auch Cujacius, Faber, Duaren und Giphanius waren derselben Ansicht wie Löhr; denique (schreibt Cujacius zu l. 21 comm. 13, 6) diligenti patrifamilias nunquam furtum fit.

Staatswegen Speicher anlegte, aushilfsweise nämlich in denjenigen Gegenden, wo keine Privatspeicher bestanden; man deponirte dort (davon liefern unsere Rechtsquellen[3]) unzählige Belege) allerhand Sachen: Getreide, Wein, andere Waaren, Pfänder, so daß Paulus einmal sagt; in horreis homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt.[4])

Die Uebernahme von Gegenständen zur Aufbewahrung wurde als Geschäft betrieben. Große Capitalisten pflegen auch heutzutage Speicher zu erbauen; es ist dies eine gut rentirende Capitalsanlage; denn nicht blos die Einnahme von Miethszins erhoffen sie; vielmehr werden sie überdies von den Waarenniederlegern oft genug um Darlehen gegen Verpfändung der Waaren angegangen, und sie eröffnen sich durch den Speicherbau einen Weg, ihre großen Capitalien ohne Risico auszuthun. Daß dies in der römischen Kaiserzeit sich ähnlich verhalten habe, darauf weist der Umstand hin, daß nach den meisten Stellen der Aufbewahrungsvertrag mit dem dominus horrei abgeschlossen wird;[5]) nur in sehr wenigen Stellen[6]) wird ein horrearius erwähnt, welcher vom Eigenthümer den Speicher im Ganzen pachtet und hierauf mit den einzelnen Privatpersonen die Aufbewahrungsverträge eingeht.

In den Note 3. 4. citirten Quellenzeugnissen wird die Verpflichtung des Eigenthümers resp. Pächters des Speichers gegenüber den Niederlegern in folgender Weise bestimmt: Jener prästirt diesem die custodia rerum, nicht aber Einbruch oder höhere Gewalt, es sei denn, daß er ausdrücklich die custodia der niedergelegten Sachen übernommen hat.

---

3) l. 7 l. 12 §. 39 (wo horreis statt hortis zu lesen ist) de instr. vel instr. 33, 7. l. 2. C. de per. et comm. 4, 48. l. 74 de contr. emt. 18, 1. l. 21 §. 6 de furt. 47, 2. l. 6 pr. de edendo 2, 13. l. 9 C de pign. act. 4, 24. l. 32 §. 1 de aur. et arg. 34, 2. l. 84 de leg. III (32). l. 55. l. 60 §§. 6. 9. loc. 19, 2. l. 1 l. 4 C. eod. 4, 65.

4) l. 3 §. 2 D. de off. pr. vig. 1, 15. Vgl. ferner Brissonius antiq. select. p. 154 s.: Muther Sequestration S. 363ff. Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht III, 109f.

5) l. 55. l. 56 D. loc. 19, 2. l. 1 l. 4 C. eod. 4, 65.

6) l. 60 §. 9 D. loc. 19, 2. l. 21 §. 1 D. qui pot. 20, 4.

Dieſe letztere Beſtimmung rechtfertigt ſich aus den bekannten Vorſchriften über Willensinterpretation; wer eine ihm bereits geſetzlich obliegende Verbindlichkeit ausdrücklich übernimmt, ſcheint nicht blos ſich dem Geſetze unterwerfen zu wollen (das würde rein überflüſſig ſein), ſondern er will die geſetzliche Verpflichtung vergrößern. — Von größerem Intereſſe für uns iſt die geſetzliche Verbindlichkeit des Speicherinhabers zur custodia rerum. Wir werden ſpäter[7]) finden, daß es mehrere Grade der custodia gibt, zugleich aber, daß der höchſte Grad derſelben custodia ſchlechthin genannt wird. Nun iſt die Grenze dieſer höchſten custodia, wie bereits bemerkt, Einbruch und höhere Gewalt; ihr Inhalt iſt unter den citirten Stellen am genaueſten in l. 1 C. loc. 4, 65 beſchrieben.

Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturae latronum conductori praestare non cogitur; his cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, periit, damnum depositarum rerum sarciri debet.

Doch muß dieſer Text nach dem der Coll. Mos. et Rom. leg. X, 9, wo er ſich wiederfindet, etwas verbeſſert werden; es muß nämlich das Wort extrinsecus zwiſchen illaesis und horreis geſetzt werden. Dann geht die Verpflichtung des Speicherinhabers dahin, daß er für jeden Schaden aufkommen muß, den die niedergelegten Sachen trotz äußerlicher Unverſehrtheit des Speichers erfahren haben; mit anderen Worten: der Speicherinhaber übernimmt in gewiſſem Maße die Gefahr der niedergelegten Sachen, ſo daß es geradezu einmal von ihm heißt: recipit suo periculo;[8]) und ein ander Mal: qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat.[9])

Im Uebrigen war zwiſchen den Römiſchen Juriſten nicht volle Einſtimmigkeit über die Haftung des Speicherinhabers. Man

7) Vgl. unten §. 5.
8) l. 60 §. 6 D. loc. 19, 2.
9) l. 40 D. loc. 19, 2.

war zwar einig darüber, daß er für jeden einfachen Diebstahl aufkommen müsse, mochte er von den Dienern (custodes) selbst oder durch deren Unaufmerksamkeit von einem Dritten verübt sein. War aber eine Sachbeschädigung eingetreten, so wollte Julian dieselbe dem Speicherinhaber nicht aufgebürdet wissen.

l. 19 D. comm. 13, 6 (Julianus): Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum injuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est; qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det?

Marcellus und Ulpian (und deren Ansicht muß als die recipirte gelten) stellten aber die Sachbeschädigung dem einfachen Diebstahl gleich, nach ihrer Meinung haftet der Speicherinhaber, wenn die Sachbeschädigung von seinen Dienern oder durch deren Unaufmerksamkeit von einem Dritten ausgegangen ist.

l. 41 D. loc. 19, 2 (Ulpianus): ... sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum[10]) esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est.

Man wird zugeben: die Lage des Speicherinhabers ist anscheinend eine anomale; ohne eine Garantie für die Sicherheit der niedergelegten Sachen übernommen zu haben, haftet er für dieselben in dem Maße, daß er nur durch höhere Gewalt befreit wird; er haftet namentlich für alle Fehler und Mißthaten seiner Diener, trotzdem er bei deren Auswahl die größte Sorgfalt angewendet; während doch z. B. der Pächter eines Landgutes für die Fehler des Gesindes nur dann aufkommt, falls er bei der Auswahl sich eine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen.[11]) Hasse[12]) suchte dadurch zu helfen, daß er die Präsumtion aufstellte, „der Diener, welcher

10) Nämlich dann nicht, wenn der Beschädiger unwiderstehliche Gewalt übte.

11) l. 27 §. 9 ad l. Aquil. 9, 2.

12) Culpa S. 408 ff.

ſich ſchlecht aufführe, ſei auch ſchlecht gewählt worden"; zugleich mußte er zugeben, daß von dieſer Vermuthung in den Quellen nirgends die Rede ſei; ſie iſt auch durchaus ungenügend; denn wenn auch die Lage des Speicherinhabers anomal iſt, ſo iſt ſie durch gute praktiſche Gründe gerechtfertigt; wäre ſie anders, ſo würde der Zweck der Niederleger zum großen Theil unerreicht bleiben. Dies ſpringt ſo ſehr in die Augen, daß man verſucht iſt, eine ſtillſchweigende Parteiabrede als Grund der anomalen Haftung anzunehmen; es läge jedoch hierin eine Verwechslung der Natur der Sache mit der Uebereinkunft der Contrahenten, und es wäre dies jedenfalls unrömiſch, denn (wie bereits oben ausgeführt) hat die Parteiabrede, wodurch der Speicherinhaber die Cuſtodia der niedergelegten Sachen übernimmt, zur Folge, daß er ſelbſt für höhere Gewalt einſtehen muß.

In dem praktiſchen Bedürfniß mag es ſeinen Grund haben, daß man in der Romaniſtiſchen Literatur die Anomalie der Stellung eines Speicherinhabers nur wenig hervorhob. Ganz überſehen iſt aber worden, daß *dieſelbe Anomalie ſich in einer ganzen Reihe anderer Obligationen in gleicher Weiſe vorfindet, und daß ſie vor allen Dingen der Anlaß war, daß man in früherer Zeit einen dritten Grad von Culpa aufgeſtellt hat.* So gewiß letzterer kein wiſſenſchaftlicher und kein römiſcher Begriff iſt, ebenſo gewiß iſt, daß Jemand nach römiſchem Recht verhaftbar werden kann, trotzdem er keine culpa levis begangen hat; und gerade in dieſen Fällen bedienen ſich die römiſchen Juriſten der Ausdrücke: diligentia exacta, exactissima, diligentissimi patrisfamilias, (mit welchem Rechte, darauf komme ich im §. 14 zurück); andererſeits geben ſie gerade in dieſen Fällen dem Schuldner die act. furti, denn die Haftung für custodia begründet eben ſo ſehr ein Intereſſe als die für eine begangene Culpa.

2) §. 3. *Die gleiche Haftung der Schiffer und Wirthe; des conductor operis und operarum.*

Ich ſtellte das Rechtsverhältniß des Speicherinhabers an die Spitze der Unterſuchung, weil ich dasſelbe für den Normalfall halte, welchem alle übrigen nachgebildet ſind.

Ich reihe ihm zunächst einerseits das Verhältniß der Schiffer und Wirthe, andererseits die locatio conductio operis und operarum an; ersteres deshalb, weil die Aufbewahrung von Gegenständen gleichfalls, wenn auch nicht den gesammten, doch den theilweisen Inhalt der Obligation bildet; die zweite deshalb, weil der Vertrag mit dem Speicherinhaber eine Species der locatio conductio operis ist; endlich die cond. operarum hat denselben Character wie die cond. operis. —

Die Stellen, welche das prätorische Edict über Schiffer und Wirthe behandeln, lauten, soweit sie für uns von Interesse sind, folgender Maßen:

L. 3 §. 1 cit. (Ulp.): ... ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles, nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari; idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

l. 4 pr. cit. (Paul.): Sed et ipsi nautae furti actio competit, cujus sit periculo ...

l. 5 pr. (Gai.): Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat jumenta apud eum

stabulari; et tamen custodiae nomine tenentur; nam et fullo et sarcinator non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. §. 1. Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari potest, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto sed etiam a damno recipere videatur.

Ulpian wirft die Frage auf, ob denn die prätorische Klage ein Bedürfniß gewesen sei; genau genommen (meint er) habe man doch mit den actiones locati conducti resp. mit der actio depositi durchkommen können; dann aber stellt er (dem Pomponius folgend) zwei Ursachen für die Einführung des prätorischen Rechtsmittels auf:

1) es sollte bekannt werden, daß der Prätor von den häufigen Niederträchtigkeiten dieses Standes[13]) Act genommen habe und ihnen mit Energie entgegentreten wolle;

2) es sollte eine strengere Haftpflicht eingeführt werden, weil bei der Miethe blos culpa, bei dem Depositum blos dolus prästirt werde.

Von dem ersten Grunde darf ich wohl absehen; er hat blos vorübergehende Bedeutung gehabt; auch Ulpian scheint ihn nicht für erheblich gehalten zu haben; er bleibt bei dem zweiten stehen, indem er erklärt, daß zufolge des prätorischen Edicts Schiffer und Wirthe für jedes Wegkommen resp. Be-

13) Hierüber berichtet Ulpian in l. 1 §. 1 h. t. mit feiner Ironie, daß das Edict nicht viel geholfen habe; noch jetzt (schreibt er) machen jene Leute halb Part mit den Dieben; was würden sie erst gethan haben, wenn das Edict nicht eingeführt worden wäre! Vgl. Friedländer's Sittengeschichte Roms II, 24 f.: „Uebrigens waren die Herbergen sehr häufig Orte der Prostitution und die Wirthe Kuppler; sie prellten und betrogen, fälschten den Wein, und nahmen den Maulthiertreibern den Hafer ab, den diese für ihre Thiere empfangen hatten. Nach dem Traumbuch Artemidors bedeuteten eherne und eiserne Stirnen im Traume Gastwirthen und Zöllnern und Allen die mit Unverschämtheit leben Gutes; Dornen im Traume zu sehen, war für Gastwirthe, Zöllner, Räuber und solche, die mit Gewicht und Rechnung betrügen, besonders günstig, weil sie Andren das Ihrige auch mit Gewalt und wider deren Willen entreißen".

schädigen der übergebenen [14]) Ladung und Reisebagage haften, gleichviel ob sie Schuld daran sind oder nicht; die einzige Grenze der Haftpflicht sei das damnum fatale; als Beispiele bei Schiffern werden nach Labeo Schiffbruch und Piratenübermacht genannt; Beispiele, welche die Befreiung der Wirthe zeigen, fehlen; hinsichtlich ihrer wird allgemein auf vis major verwiesen. [15])

Diese Haftpflicht der Schiffer und Wirthe bezeichnet Gaius in l. 5 pr. cit. als Haftung für custodia, indem er ausführt, daß sie ein legaler Zusatz zu dem abgeschlossenen Vertrage sei; denn Schiffer und Wirth erhalten keine Bezahlung dafür, m. a. W. sie richten auch ihr Versprechen nicht darauf, sie werden vielmehr wider ihren Willen dazu verpflichtet (tamen custodiae nomine tenentur). Im §. 1 der Lex löst Gaius die Haftpflicht in zwei Bestandtheile auf: Haftung für Diebstahl und für Beschädigung des Sachkörpers. Paulus aber bemerkt in l. 4 pr. cit., daß die aufbewahrten Gegenstände „periculo nautae" sind.

Was ich bisher erörtert habe, stimmt mit dem Rechtsverhältniß des Inhabers eines Speichers völlig überein: beide kommen für custodia auf, beide haften für einfachen Diebstahl und Beschädigung der aufbewahrten Sachen, die Grenze dieser Aufbewahrung ist nur höhere Gewalt oder Naturereigniß; beide tragen in einem gewissen Sinne [16]) das periculum der aufbewahrten Gegenstände.

---

14) Bei denjenigen Sachen, welche der Reisende nicht dem Schiffer und Wirth übergeben hat, führte der Prätor ein anderes Rechtsmittel ein (t. D. 47, 5), wonach Schiffer und Wirth nur dann haften, wenn sie selbst oder einer ihrer Leute Schuld am Schaden ist. S. Goldschmidt in seiner Zeitschrift III, 67 ff. Windscheid Pandekten §. 384. — Uebrigens genügt für das im Text besprochene Rechtsverhältniß, daß die Sachen übergeben sind, eine ausdrückliche Uebernahme der Custodia von Seiten des Schiffers oder Wirthes ist nicht nothwendig (trotz der Worte des Edicts: salvum fore recipere), l. 1 §. 6. 8. h. t. 4, 9.

15) Ueber die Grenzen der vis major vgl. Goldschmidt a. a. O.; Windscheid Pandekten §. 384 Anm. 6; es ist hier nicht der Ort, auf diesen Punkt genauer einzugehen.

16) Es ist bekannt, daß das Wort periculum in sehr mannigfaltiger

Die Quellen liefern aber hier noch das Material, um zu beweisen, daß diese scharfe Haftpflicht den Schiffern und Wirthen die actio furti verschafft, — ein Nachweis, welcher bei dem Speicherinhaber wegen Lückenhaftigkeit der Quellen unterbleiben mußte. Das Genauere ist Folgendes.

Cujus interfuit non surripi, heißt es in l. 10 D. de furt. 47, 2, is actionem furti habet. Die Activlegitimation zur act. furti ist der Nachweis eines Interesse; derselbe kann alternativ entweder dadurch geführt werden, indem Kläger zeigt, daß der Dieb einen Eingriff in sein Eigenthum, seinen Besitz, sein Nutzungsrecht verübt habe (also daß ihm durch Entfremdung der Sache ein Vortheil entgangen sei), oder dadurch, daß er dem Eigenthümer, Besitzer, Nutzungsberechtigten für den Diebstahl aufkommen müsse (also daß er für die entwendete Sache ein eignes Gut hingeben müsse). Nun ist es klar, daß bei dem Schiffer und Wirth nur der zweite Fall eintreten kann; demgemäß geben ihnen denn auch die Quellen die act. furti, ohne Rücksicht darauf, ob der Diebstahl mit ihrer Culpa begangen ist oder nicht, lediglich vielmehr deshalb, weil sie das Periculum der Sachen tragen. Zwei Stellen sprechen dies unter gleichmäßiger Begründung aus; die eine von Paulus:

l. 4 pr. cit.: Sed et ipsi nautae furti actio competit, cujus sit periculo res . . .

die andere von Ulpian:

l. 14 §. 17 de furt. 47, 2: . . . nam his (cauponibus et magistris navium) damus furti actionem, (si sint solvendo), quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

Diese bestimmten Aussprüche haben selbst Hasse[17]) veranlaßt, seine Theorie von der Vermuthung der Culpa, die er bei dem Speicherinhaber und Anderen angewendet wissen wollte (s. oben S. 49 N. 12) bei dem Schiffer und Wirth aufzu-

---

Bedeutung vorkommt; es gibt ein periculum custodiae, casus; vergl. Mommsen Unmöglichkeit §. 21.

17) Culpa S. 291.

geben; daher aber faßt er die Stellung der Schiffer und Wirthe als eine ganz besondre auf. Mit ihm geht die jetzt herrschende Meinung, wiewohl uns doch bei dem Speicherinhaber ganz dieselben Kunstausdrücke (Haftung für custodia, Tragen des periculum) in den Quellen entgegentreten, als bei dem Schiffer und Gastwirth. In früherer Zeit begriff man sehr wohl, daß Schiffer und Gastwirth nicht einzig dastehen; doch war die richtige Auffassung auch früher nicht vorhanden, denn man nannte den Schiffer und Gastwirth unter denjenigen, welche culpa levissima prästiren müssen:

Vinnius Comm. ad Jnst. III, 25 §. 5, wo derselbe von l. 3 §. 1 D. nautae caupones 4, 9 in folgender Weise spricht: Quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati et depositi cum honoraria, quae ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quae ex edicto est, hoc nomine maxime commendat, quod in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestetur, edicto vero omnimodo, qui recipit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille praestet casus fortuitos seu quod damno fatali aut vi majori contigit. Igitur ex sententia Jureconsulti is, qui recipit, praestat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum; atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quam culpam levissimam.

Und damit habe ich den Beweis geliefert, daß die Lehre der culpa levissima ihr Dasein zum guten Theil der nicht verstandenen Haftung für custodia verdankt.

§. 4. Fortsetzung.

Daß der Werkmeister die Custodia prästiren muß, ist unter Vergleichung mit dem Schiffer und Wirth ausdrücklich bezeugt:

l. 5 pr. nautae caup. (Gaius): nam et fullo et sarcinator non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Und unter ebenso ausdrücklicher Begründung wird dem Werkmeister die Berechtigung zur act. furti zugesprochen.[18])

18) Natürlich will Hasse (Culpa S. 351) auch hier seine Vermu-

l. 12 pr. de furt. 47, 2: fullo, qui curanda polienda vestimenda accepit, semper agit furti, praestare enim custodiam debet...

l. 48 §. 4 eod.: Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum sit, et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet...

cf. §§. 15. 16 I. de obl. quae ex del. 4, 1.

Sicherlich ſind der fullo und sarcinator nicht als ſinguläre Fälle, ſondern als Beiſpiele für den Werkmeiſter anzuſehen; denn die Haftung jedes Werkmeiſters für Cuſtodia iſt ein Verkehrsbedürfniß; es iſt Verkehrsbedürfniß, daß derſelbe für die Culpa ſeiner Geſellen einſtehe; es wird dies überdies in den Quellen mehrfach ausgeſprochen:

l. 13 §. 5 loc. 19, 2 (Ulp.): Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, non erit ex locato actio; si imperitia facientis, erit.

Danach gibt jede imperitia facientis, nicht etwa blos conductoris Anlaß zur locati actio. Ferner ſiehe

l. 62 loc. 19, 2 (Labeo libro I Pithan.): Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Ich laſſe Labeo bei Seite und bleibe bei Paulus ſtehn; dieſer legt jedes vitium operis dem Conductor zur Laſt, gleichviel wer die Schuld daran trägt, ob der Werkmeiſter oder ſein Geſelle. Endlich aber iſt am klarſten meine Behauptung in l. 25 §. 7 loc. 19, 2 beſtätigt, ſie lautet:

(Gaius): Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit,

---

thungstheorie angewendet wiſſen; wie wenig brauchbar dieſe iſt, ſieht man aus ſeinem Schluſſe: „In der Regel haftet der fullo dem dominus wegen der geſtohlenen Sache, hat alſo auch in der Regel ein Intereſſe den Dieb zu verfolgen; thut er dies nun mit der act. furti, ſo erkennt er ſtillſchweigend ſeine Schuld an(!!), dieß muß ihm frei ſtehen(!!), mithin kann er, wenn er will, immer klagen: semper agit...."

ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

Soviel von der conductio operis.

Ich wende mich zur locatio operarum. Daß diese in ihrem Wesen mit der locatio operis übereinstimmt, daß beide die Leistung von Arbeit enthalten, welche nur in den einzelnen Contractsarten verschieden benannt und beschrieben wird: Alles dies ist sehr gut von Windscheid[19]) ausgeführt worden. Wir dürfen erwarten, daß die oben bei der conductio operis entwickelten Grundsätze auch bei der locatio operarum gelten. Ich glaube auch dafür ein Quellenzeugniß anführen zu können:

l. 14 §. 17 de furt. 47, 2 (Ulpian): Si epistola, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? Et primum quaerendum, cujus sit epistola, utrum ejus qui misit, an ejus ad quem missa sit . . . Quis ergo furti aget? Is cujus interfuit eam non surripi, id est, ad cujus utilitatem pertinebant ea, quae scripta erant. Et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia ejus ad eum pertineat, potest. Sed et si interfuit ejus epistolam reddere, furti habebit actionem; finge eam epistolam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve, potest furti actionem habere, vel si custodiam ejus rei recepit, vel mercedem perferendae accepit; et erit in hunc casum similis causa ejus et cauponis aut magistri navis; nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

Die Frage ist: wenn ein Brief während der Beförderung an den Adressaten gestohlen wird: wem steht die act. furti zu?

19) Heidelberger kritische Zeitschrift II, S. 139 ff.

Ich lasse den ersten Theil der Stelle, in welchem der Jurist das Eigenthum am Briefe feststellt, bei Seite, und wende mich zu dem zweiten, in welchem er untersucht, ob der Bote selbst die Klage anstellen könne? Er antwortet: in zwei Fällen, nämlich

1) wenn er für custodia haftete,

2) wenn er selbst ein Interesse daran hatte, daß der Brief an seine Adresse gelangte, z. B. er sollte etwas für sich in Empfang nehmen.

Nunmehr wendet sich der Jurist zum ersten Fall zurück, und zerlegt die Haftung für Custodia in zwei Unterfälle:

a) der Bote hat die Custodia ausdrücklich übernommen,

b) er hat Geld für die Beförderung des Briefes erhalten.

Nur dieser letzte Fall interessirt uns; er kann sowohl eine conductio operis als operarum enthalten; denn es ist nicht gesagt, daß der Bote lediglich die Briefbeförderung zu besorgen hatte, sondern es ist sehr wohl möglich, daß er beim Absender in Lohn und Brod stand. Der Jurist vergleicht nun diesen Fall (in hunc casum) mit der Haftung des Wirthes und Schiffers und gibt damit deutlich zu erkennen, daß das im §. 3 skizzirte Rechtsverhältniß auf den Briefboten Anwendung findet.

3) §. 5. Der Verkäufer nach Maß, Zahl und Gewicht haftet für custodia plena.

Da nun die Frage herantritt, welche Personen sich (abgesehen von dem Schiffer, Wirth und conductor operis) in demselben Rechtsverhältniß wie der Speicherinhaber befinden, so wird die Antwort hierauf zum großen Theil in l. 14 §. 16 de furt. 47, 2 ertheilt. Dort nämlich gedenkt Ulpian einer römischen Streitfrage: wem und warum die actio furti zustehe?

> quare (so, nicht qualis, welches keinen Sinn gibt, muß man lesen) ergo furti actio detur ei, cui commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae surreptae sunt, omnibus furti actiones competere ....

Dem Commodatar, Miether und Pfandgläubiger wird hier die furti actio gegeben unter ganz derselben Begründung

wie (nach meiner Ausführung in §. 3) dem Schiffer und Wirth (res aliena alicujus periculo est); dieser Grund selbst wird von Gaius noch bei Gelegenheit einer anderen Klage hervorgehoben in

l. 13 §. 1 de liber. causa 40, 12: Item certum est, tam res nostras quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in hanc actionem deduci, veluti commodatas vel locatas; certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt, ad hanc actionem non pertinent.

Es handelt sich um die Klage eines vermeintlichen Sklavenherrn gegen denjenigen, der ihm bona fide als Sklave diente und in diesem Zustande eine Sache beschädigte; jener kann gegen diesen klagen nicht blos wegen der eignen Sachen, sondern auch wegen gewisser fremder, — offenbar weil er selbst dem dritten Eigenthümer für die Handlung des vermeintlichen Sklaven aufkommen muß, ohne Rücksicht darauf, ob er (der vermeintliche Herr) eine Culpa begangen hat oder nicht.

Ich behalte mir aber vor, erst im §. 6 ff. den näheren Beweis des Obigen zu führen; in diesem Paragraphen erstrebe ich vorerst ein negatives Resultat, das aus Ulpian's Worten sich ergibt, und dessen Betrachtung uns mit einigen Quellenzeugnissen bekannt machen wird, deren Kenntniß die Voraussetzung unserer späteren Erörterungen bildet.

Das negative Resultat lautet: der Verkäufer steht nicht in dem Rechtsverhältnisse des Speicherinhabers;[20] er ist nicht blos unter den von Ulpian und Gaius aufgezählten Einzelfällen unaufgeführt geblieben, sondern das Princip, das jenen zum Grunde liegt, paßt auch nicht auf ihn; er hat keine res aliena in Händen, und kein Periculum dafür zu tragen; er bleibt Eigenthümer der Sache bis zu ihrer Tradition an ihren Käufer, und periculum rei ad emtorem pertinet, heißt es in l. 14 pr. de furt. 47, 2.

Demnach ist die Aufgabe nachzuweisen, daß diejenigen

20) Das Gleiche gilt von Stipulationsschulden, l. 37 de verb. obl. 45, 1. l. 107 de sol. 46, 3.

Sätze, die ich oben S. 46 aufgestellt habe, auf den Käufer keine Anwendung finden. Darüber ertheilt uns eine Stelle im Gaius und eine andere von Alfenus Varus Auskunft:

l. 35 §. 4 de contr. emt. 18, 1 (Gaius): Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori . . . .

l. 11 de per. et com. 18, 6 (Alfenus Varus): Si vendita insula combusta esset, quum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia facta esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Alfenus Varus ist kurz und bestimmt; er verlangt nicht exactissima diligentia, sondern blos diligentia der homines frugi et diligentes; er läßt den Verkäufer nicht für jeden Schaden aufkommen, nicht einmal für den Schaden, welcher durch Nachlässigkeit seiner Sklaven veranlaßt worden ist,[21]) sondern nur für den, welchen seine eigene Culpa herbeigeführt hat;[22]) endlich aber verpflichtet der Jurist den Verkäufer nicht zur Prästation der Custodia schlechthin, sondern nur zu einer

21) Der Fall der Lex ist nämlich folgender. Der Anfragende erklärt: wie steht es, wenn ein verkauftes Haus abbrennt; das kann doch ohne Culpa von irgendwem nicht geschehen. Hierauf der Jurist: es kann sehr wohl ohne culpa geschehen (durch casus), aber auch wenn es durch culpa veranlaßt ist, wenn nur nicht durch die des Verkäufers selbst, sondern seiner Sklaven, so kommt der Verkäufer nicht dafür auf.

22) So auch Justinian im §. 3 de emt. vend. 3, 23. Der Verkäufer haftet für die Verwundung des verkauften Sklaven nur, wenn er in dolo vel culpa war.

gewiſſen Art der Cuſtodia, zu derjenigen nämlich, die der früher verlangten Diligenzart entſpricht.

Ausführlicher iſt Gaius: er wirft die Frage auf, ob der Verkäufer für den Diebſtahl aufkomme; die Frage läßt ſich nicht gleichmäßig entſcheiden (meint er), ſondern man muß zunächſt ſehen, was die Parteien über die Cuſtodia verabredet haben.[23]) Schon dieſe Bemerkung beſtimmt genügend die Stellung des Verkäufers; die Cuſtodia im höchſten Sinne, welche nur in höherer Gewalt und Zufall ihre Grenze findet, iſt nicht das Reſultat einer Parteiabrede, ſondern ein legaler Zuſatz zu dem Inhalt gewiſſer Verträge. Aber Gaius ſelbſt fügt ſodann ausdrücklich hinzu, daß der Verkäufer blos für diligentia boni patrisfamilias und, wenn er dieſe nur beachtet, nicht für Diebſtahl hafte. — Auf die Ausdrucksweiſe von Gaius möchte ich aufmerkſam machen; er läßt den Verkäufer für talis custodia qualem bonus paterfamilias in suis rebus adhibet haften; daraus folgt, daß es Grade der Cuſtodia gibt, geringere wie auch höhere; ein höherer iſt eben die custodia im eminenten Sinn.

Sicherlich blos die custodia boni patrisfamilias meint Paulus in l. 36 de act. emt. vend. 19, 1:

> Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet, et pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipulationem, et ideo, si id neglexerit, tenebitur emtori.

Zwar findet ſich der Zuſatz boni patrisfamilias nicht, aber an andren Stellen[24]) erklärt Paulus es ausdrücklich für Culpa des Verkäufers, wenn er vor der Tradition es unterlaſſen hat, auf Beſtellung der cautio damni infecti zu bringen.

---

23) So auch Juſtinian im §. 3 de emt. vend. 3, 23. (quodsi fugerit homo...)

24) l. 18 §. 7—§. 9 de damn. inf. 39, 2. l. 38 pr. eod.

Sicherlich dieselbe custodia boni viri meint Ulpian[25]) in l. 14 pr. de furt. 47, 2:

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem .... Et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

In der Ueberschrift des §. habe ich einen Ausnahmefall angedeutet; der Verkäufer nach Maß, Zahl und Gewicht haftet bis zum Zumessen, Zuzählen, Zuwiegen für die höchste diligentia, für jeden Schaden außer dem durch vis major und casus fortuitus entstandenen, für custodia im höchsten Sinne; seine Berechtigung zur act. furti auf Grund der Haftung für custodia ist es allein, wofür kein Quellenzeugniß sich beibringen läßt; das darf aber nicht auffallen, weil unsre Quellen meistens nur Entscheidungen, selten zugleich Motivirungen enthalten. Meine vorhergehenden Behauptungen werden direct bestätigt durch l. 1 §. 1 (Ulpian.) l. 2 §. 1 (Gaius) l. 3 (Paulus) de peric. et comm. 18, 6:

l. 1 §. 1 cit.: Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet; priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, post mensuram factam venditoris desinit esse periculum; et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit sed forte amphoras vel etiam singula dolia.

l. 2 §. 1 cit.: Custodiam ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat, videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

---

25) Vorsichtiger ist Julian, welchen Ulpian im §. 2 citirt; er schreibt: si emtor rem, cujus custodiam venditor praestare debet .... Also Kauf und Custodia (schlechthin) gehen nicht immer zusammen!

l. 3 cit.: Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

Alle drei Juriſten legen dem Verkäufer die Haftung für custodia im eminenten Sinne auf. Doch betrachten wir die Einzelnen.

Ich beginne mit Paulus. Er verlangt vom Verkäufer die Präſtation von ſolcher Cuſtodia, wie ſie der Commodatar leiſtet, und er beſchreibt ſie als diligentia exactior quam in suis rebus adhibet. Daß Commodatare für die exactissima diligentia aufkommen, werde ich unten §. 7 nachweiſen; aber auch die Pauliniſche Beſchreibung an ſich iſt ein Argument dafür. Haſſe verſteht darunter blos die Präſtation von diligentia in abstracto;[26]) indeß iſt dies doch nicht das nothwendige Ergebniß der Interpretation; exactior diligentia quam in suis rebus iſt ſowohl die diligentia boni wie die diligentissimi patrisfamilias; nun werden wir aber unten in §. 6 bei Behandlung des Commodatars auf eine Digeſtenſtelle von Gaius (l. 1. §. 4 de obl. et act. 44, 7), ſowie in §. 9 bei Behandlung des negotiorum gestor auf eine Inſtitutionenſtelle (III, 27 §. 1) recurriren, worin einerſeits von Jenen die exactissima diligentia verlangt, andrerſeits gelehrt wird, es genüge nicht eum talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si alius diligentior custodire poterit, reſp. si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia. Alſo auch Gaius und Juſtinian, reſp. der alte Juriſt, den er ausſchrieb, verſtehen unter diligentia exactior quam in suis rebus die diligentia exactissima; mit Recht; denn wie wenn der Verkäufer ſchon ſelbſt ein bonus paterfamilias iſt? (das darf man doch wohl als Regelfall annehmen); ſoll hier die von Paulus angegebene Steigerung nicht in Anwendung kommen?

Gaius ſcheidet drei Grade der Haftung: custodia plena (welche die diligentia in ſich begreift), custodia, welche nicht

26) Culpa S. 413 f.

plena ist (welche er in l. 35 §. 4 de act. emt. vend. 18, 1 custodia boni patrisfamilias nennt) und den dolus. Seine Antwort geht offenbar auf den ersten Haftungsgrund; nur damnum fatale und vis magna soll den Verkäufer entschuldigen. Daraus folgt, daß der Verkäufer unbedingt für einfachen Diebstahl haftet, und dies wird denn ausdrücklich bestätigt in

l. 14 §. 1 de peric. et comm. 18, 6 (Paulus): Materia emta, si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus venditoris.

Diese Stelle in der Verbindung mit der vorhergehenden l. 12 und l. 14 pr. war bekanntlich früher der Anlaß für die Ansicht, daß man allgemein dem Verkäufer die Tragung der Gefahr auferlegen müsse; in neuerer Zeit wies man darauf hin, daß in dem Falle der ll. 12. 14 pr. (der Aedil hatte Bettstellen, die der Verkäufer auf die Straße gestellt, zusammenschmeißen lassen) der Verkäufer eine Culpa begangen habe. Mit Recht! Allein gilt dies auch vom Falle der l. 14 §. 1 cit.? Kein Wort deutet eine Culpa des Verkäufers an;[27]) er haftet dafür, weil die Sache durch einfachen Diebstahl vor ihrer Tradition weggekommen ist; nur durch vis major wird er entschuldigt, was durch l. 31 pr. de act. emt. vend. 19, 1 von Neratius bewiesen wird:

Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit . . . .

Die Stelle ist so zu übersetzen: „Ist die Sache, die ich aus einem Kauf schuldete, mir mit Gewalt weggenommen, so brauche ich selbst dann, wenn ich zur Custodia verpflichtet war, dem Käufer nur meine Klagen abzutreten; denn gegen Gewalt hilft aufmerksames Bewachen nicht viel".

27) Löhr (Beiträge zur Theorie der Culpa S. 185 ff.) behauptete deshalb einen Widerspruch unter den römischen Juristen; Einige hätten den Verkäufer nur für culpa lata in custodiendo, Andere auch für culpa levis verpflichtet erachtet.

Endlich Ulpian gibt den Grund an, weshalb der Verkäufer in unſrem Falle der ſtrengen Haftung unterliegt: priusquam enim admetiatur, prope quasi nondum venit; es iſt dies derſelbe Grund, welcher Gaius in l. 35 §. 6 de act. emt. vend. 18, 1 bewegt, den Kauf von Sachen, welche zugemeſſen u. ſ. w. werden ſollen, als venditio quasi sub conditione facta zu bezeichnen. Daher fällt die ganze Haftung weg, wenn nicht nach Zumeſſung verkauft iſt, ſondern ein ganzer Krug, ein ganzes Faß.

4) §. 6. Der Commodatar haftet für custodia diligens, diligentia exactissima, diligentia diligentissimi patrisfamilias.

Ich wende mich nunmehr zu den drei Obligationen, deren Ulpian in l. 14 §. 6 de furt. 47, 2 gedenkt, und zwar zunächſt zum Commodat. Es ſcheint hiſtoriſch der erſte Fall geweſen zu ſein, auf welchen von der conductio operis die Haftung für custodia im eminenten Sinne übertragen wurde; ſo wenigſtens wird von Juſtinian im §. 16 I. quae obl. ex del. 4, 1 berichtet:

> Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant; nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet, custodiam praestare.

Andrerſeits war das Commodat in dieſer Beziehung das Vorbild für andere Obligationen; denn auffallend genug kehrt, wo es ſich um unſren Begriff handelt, die Vergleichung mit dem Commodat wieder; ſo beim Kauf nach Maß, Zahl und Gewicht, wie ich ſchon oben bemerkte, ſo beim Pfand, wie ich unten §. 8 anführen werde.

Ueber das Commodat ſelbſt beſitzen wir reichliches Quellenmaterial. Ganz deutlich wird dem Commodatar in l. 1 §. 4 de obl. et act. 44, 7 die exactissima diligentia auferlegt, in den Inſtitutionen aber (III, 14 §. 2), wo die Stelle faſt wörtlich wiederkehrt, exacta diligentia; nur bei major casus

cui humana infirmitas resistere non potest wird er entſchuldigt.

Is qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, velut incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est; alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.

Der Schlußſatz hat ganz dieſelbe Faſſung, wie die in §. 3 behandelte l. 3 de per. et comm. 18, 6 (von Paulus) und iſt in demſelben Sinne zu interpretiren. Seine Meinung wiederholt Gaius in l. 18 pr. comm. 13, 6:

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, velut mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.

Dies wiederholt Theophilus in ſeiner Paraphraſe mit höchſt bezeichnenden Worten:

ὁ δὲ χρησάμενος ἐπιμελῶς μὲν φυλάττων τὸ κομμοδάτον οὐκ ἀπαιτεῖται· καὶ οὐκ ἀρκεῖ τοσαύτην αὐτῷ ἐπιμέλειαν ἐπιδείκνυσθαι ἐπὶ τὸ χρησθὲν, ὅσην ἐπὶ τοῖς οἰκείοις ἔχει πράγμασιν, ἀλλ' ὅσηά ἕτερος ἐπιμελέστερος ἔχειν δύναται· εἰ δὲ μείζονι βίᾳ, τουτέστι τυχηρᾷ περιστάσει ἀπολέσθαι συμβῇ τὸ κομμοδάτον, οὐ κατασχεθήσεται· . . . .

Während in den vier citirten Stellen unſer Princip klar und einfach ausgeſprochen wird, kehrt es in l. 5 comm. 13, 6 und l. 14 de furt. 47, 2 (beide von Ulpian) in Anwendung auf Einzelfälle wieder. Beide Fragmente gehören zu den ſchwierigeren, von jeher einer eingehenderen Interpretation unterworfenen. Wir können uns ihrer Betrachtung nicht entziehen.

Ich laſſe zuerſt die Worte der l. 5 cit. folgen, ſo weit ſie uns betreffen; es ſind dies die §§. 2—6. 9 13. 15:

§. 2: Nunc videndum, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. . . Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam.

§. 3. Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestiturum se recepit.

§. 4. Quod vero senectute contigit vel morbo vel vi latronum ereptum est aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.

§. 5. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

§. 6. Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est; nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est vel eius aetatis ut custodia indigeret . . .

§. 9. Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat; utputa equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur; etiam pulli te custodiam praestare debere, veteres responderunt.

§. 13. Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam, quare culpam in eam quoque praestan-

dam. Plane si servus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepit, non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

§. 15. Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit, quaeri posse, utrum quisque eorum in solidum an pro parte teneatur? Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balnei vel porticus vel campi unius cujusque in solidum esse (neque enim minus uti, quod et alius uteretur), verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam; sed esse verius, ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere...

Im Anfang des §. 2 wirft Ulpian die Frage auf, ob der Commodatar für dolus oder auch für omne periculum aufkomme? Der Ausdruck omne periculum (dies deutet das Adjectiv omne an) enthält gar Verschiedenartiges: Haftung für die (unerlaubten) Handlungen von dritten Personen, für vis major, für casus fortuiti u. s. w. Kein Wunder also, daß die Antwort von Ulpian diese verschiedenartigen Dinge scheiden muß. Er schickt eine allgemeine Erörterung über Haftung für dolus und culpa voraus, und läßt dann im Schlußsatz von §. 2 und im §. 3 die Antwort folgen; sie lautet dahin: im Allgemeinen haftet der Commodatar für dolus, culpa et diligentia, bei res aestimatae[28]) aber für omne periculum. In jener diligentia muß ein Theil des omne periculum stecken; wir werden dies Wort in l. 47 §. 5 de leg. I (30) und l. 53 §. 3 de furt. 47, 2 in einer Verbindung wiederfinden, die gleichfalls zu derselben Auslegung zwingt; es frägt sich jedoch, welcher Theil des periculum ist in der diligentia verborgen? Darüber berichten §§. 4. 5, in

28) Ueber den Einfluß der Aestimation auf die Haftpflicht vgl. unten §. 10 am Ende.

welchen Ulpian sich zum einfachen, ohne Aestimation geschlossenen Commodat zurückwendet und ausführt, daß der Commodatar für Tod, Krankheit, räuberische Gewalt, Brand, Einsturz nicht aufkommt, wohl aber für custodia diligens. Die custodia diligens ist offenbar nichts anderes als die custodia plena, exactissima von Gaius, exacta von Justinian; sie hat ihre Grenze lediglich in Zufall und höherer Gewalt. Das beweisen zwei Entscheidungen, die Ulpian in §. 3 am Ende und in §. 13 folgen läßt, und welche nach den jetzt herrschenden Ansichten schlechthin unerklärlich sind.

Am Schluß des §. 3 nämlich setzt Ulpian den Fall, daß der Commodatar bei Brand oder Einsturz seine eignen Sachen vorgezogen habe, während er die commodirten Sachen retten konnte.[29]) Man bemerke wohl, daß Ulpian nicht die Rettung beider Arten von Sachen für möglich hält; der Commodatar stand vor der Alternative, entweder die eignen oder die commodirten zu retten; man kann ihm nicht vorwerfen, daß er bei den commodirten Sachen eine geringere Sorgfalt angewendet habe als bei den eignen; man kann ihm überhaupt keinen Vorwurf machen; bei Einsturz und Brand nimmt man, was einem in die Hand kommt, man stellt nicht erst große Ueberlegung an und faßt nicht reiflich berathene Entschlüsse. Und trotzdem läßt Ulpian den Commodatar haften; ja, er nimmt nicht einmal darauf Rücksicht, daß die eignen geretteten Sachen vielleicht einen viel höheren Werth hatten als die untergegangenen commodirten. — Die Ausleger haben denn auch nicht wenig Mühe zur Erklärung aufwenden müssen. Donellus sagte geradezu, die Entscheidung enthalte etwas dem Commodate Eigenthümliches; selbst nach Hasse kann man, „wenn man die Worte preßt, wirklich herausbringen, daß, wenn der Commodatar in seinem ohne seine Schuld in Brand gerathnen Hause unter vielen eignen, zum Theil kostbaren, ihm unentbehrlichen und nicht ersetzbaren Sachen, eine Anzahl geliehener, zum Theil sehr unbedeutender geringfügiger Sachen hat, er nicht eher eine von den seinigen, und sei sie noch so unersetzlich, um sie zu retten, anrühren

29) Ganz denselben Fall behandelt Paulus Sent. rec. II, 4 §. 2.

dürfe, bis er jeden fremden Haubenstock gerettet, wenn er nicht außer seinem eignen großen Verlust noch den dazu haben will, alles fremde Nichtgerettete ersetzen zu müssen." Allein, meinte Hasse weiter, Ulpian habe an einen Commodatar gedacht, der das fremde Gut blos darum, weil es fremdes Gut war, dem eignen nachsetzte.[30]) Daß hievon nichts in Ulpian's Worten steht, ist unleugbar; daß. ferner bei so außerordentlichen Umständen wie Feuer und Einsturz das Retten nicht nach den Regeln der Moral, sondern des Zufalls zu geschehen braucht und geschieht, brauche ich nicht erst zu erörtern.

Ich wende mich zur Entscheidung des §. 13. Ein Sklave mit einer zu ihm gehörigen Sache (die Basiliken übersetzen: δοῦλος μετὰ δίσκου) ist geliehen worden: er verliert die Sache; der Commodatar muß sie ersetzen; denn „culpam in eam quoque praestandam". Wessen Culpa? Offenbar die des Sklaven, denn er hat die Sache verloren. Also steht fest, daß der Commodatar haftet, trotzdem er keine Culpa begangen hat, er haftet solange, als es sich nicht um höhere Gewalt und Zufall handelt.

Man wird mir vielleicht die l. 20 commod. 13, 6 entgegenhalten:

> (Julian.): Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Man ist versucht, diese Lex so zu interpretiren, als wenn der Commodatar nur dann aufkomme, wenn er bei Auswahl des Boten eine Culpa begangen hatte; allein die Stelle läßt sehr wohl eine andre Auslegung zu; der Jurist betont wiederholentlich, daß der Sklave von mali homines hintergangen worden sei; offenbar hält er den Boten für ganz schuldlos und will das Wegkommen der Sache für damnum fatale aufgefaßt wissen. Zu dieser Auslegung zwingt eine andre Stelle:

---

30) Culpa S. 217, 218.

l. 12 §. 1 commod. 13, 6 (Ulp.): Commodatam rem missus qui repeteret, quum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari jusserat, domino perit; si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est.

Uns interessirt nur der zweite von Ulpian gesetzte Fall. Der Commodatar wählt selbst den Boten, der die Sache zurücktragen soll; der Jurist erklärt den Commodatar unbedingt für den Boten verhaftet, ohne Rücksicht darauf, ob er eine Culpa bei der Auswahl begangen hat oder nicht; nun läßt sich doch nicht etwa aus dem Postfactum (der Unterschlagung des Boten) auf eine frühere Culpa des Commodatars mit Nothwendigkeit schließen; und daher läßt sich die Entscheidung Ulpians nur auf die Haftung des Commodatars für Custodia zurückführen.

Ziehen wir von dem omne periculum den casus ab, so bleibt die custodia übrig, und diese legt Ulpian dem Commodatar in den §§. 5. 9. 14. 15 consequent auf; nur eine einzige Ausnahme macht er: bei erwachsenen Sklaven. Schon die oben citirte l. 18 pr. comm. 13, 6 erwähnt am Schluß servi qui custodiri non solent; Ulpian berichtet uns in §. 6, daß blos bei Sklaven in zartem Alter oder mit Fesseln Custodia prästirt werde.[31]) Offenbar stellte man das Davonlaufen anderer Sklaven der höheren Gewalt gleich.

Auf Grund dieser custodia steht die actio furti dem Commodatar zu.[32]) Dies geht aus l. 14 de furt. hervor; ich setze wiederum deren Worte, soweit sie uns interessiren, her.

§. 10. An pater, cujus filio commodata res est, furti

---

31) Ueber andre Sklaven vgl. l. 21 l. 36 §. 1 de rei vind. 6, 1.

32) Nach altem Recht. Die Abänderungen Justinians (l. 22 C. de furt 6, 2. §. 16 I. de obl. quae ex del. 4, 1) lasse ich bei Seite. Doch bemerke ich, daß auch in §. 16 die furti act. des Commodatars auf dessen Pflicht zur Custodia gegründet wird: Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant; nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare.

actionem habeat, quaeritur; et Julianus ait, patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat, sicuti, inquit, is, qui pro eo, cui commodata res est, fidejussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is cujuscunque interierit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa ejus perierit; quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo Digestorum probat.

§. 15. Non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea agnata est, quia et hujus custodia ad eum pertinet; nam et si servum tibi commodavero, et vestis ejus nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si jumenta tibi commodavero, quorum sequela erat equuleus, puto competere furti actionem etiam ejus nomine, quamvis ipse non sit commodatus.

Ausdrücklich wird hier dem Vater und Bürgen die act. furti deshalb abgesprochen, weil sie für die Custodia der dem Sohn resp. Hauptschuldner geliehenen Sache nicht aufkommen. Ausdrücklich wird dem Entleiher einer Sache auch hinsichtlich der Pertinenzen die act. furti deshalb zugesprochen, weil er nicht blos hinsichtlich der Hauptsache, sondern auch hinsichtlich der Pertinenzen für Custodia haftet (quia et hujus custodia ad eum pertinet.). „Aber (wird man mir einwenden) Haftung für custodia ist nichts als Haftung für culpa in custodiendo, denn Julian sagt selbst in §. 10: is habet furti actionem . . qui ob eam rem tenetur quod ea res culpa ejus perierit." Diese Auslegung übersieht, daß Julians Worte eine Erklärung des vorher von Julian erörterten Falles (Diebstahl an einer einem Hausſohn commodirten Sache) sind. Wird einem Hausſohn eine Sache commodirt, so hat er ein zweifaches Interesse an der Sache: erstens vermöge des factischen Vortheils des Gebrauchs, zweitens vermöge der Pflicht, die Sache zurückzugeben; beiderlei Beziehung hat für den Vater kein juristisches Interesse[33]) (er hat keinen Anspruch auf den

33) S. auch Savigny System II, 139, 142.

Gebrauch wegen deſſen factiſcher Natur, er haftet nicht auf die Rückgabe), ſondern blos ein factiſches (nämlich daß es dem Sohn nach Wunſch gehe und kein Schaden zuſtoße); das ändert ſich aber, wenn durch des Vaters Schuld die Sache wegkommt; mit dem Augenblick beginnt eine Haftung des Vaters, und auf der andren Seite ſeine Berechtigung zur Anſtellung der furti actio; erſt die Culpa begründet die Haftung des Vaters, nicht etwa eine darüberhinausliegende Pflicht zur Cuſtodia (im eminenten Sinn).[34])

5) §. 7. Der conductor rei haftet zuweilen für custodia diligentissimi patrisfamilias.

„Item locati" heißt es in der bereits früher citirten l. 14 §. 17 de furt. 47, 2, ſo daß daraus zu folgen ſcheint, daß der Conductor immer eine res aliena periculo suo in Händen habe. Allein zur Vorſicht mahnt der Umſtand, daß der Prätor gegen Schiffer und Wirthe ein eignes Edict für nöthig hielt, und zwar, wie l. 3 §. 1 naut. caup. 4, 9 berichtet, deshalb, weil die act. locati ſowie conducti nur für dolus und culpa, nicht auch für custodia empfänglich ſind. Wir müſſen uns nach andren Quellenzeugniſſen umſehen.

Nun gibt es zunächſt einige Stellen, worin dem Conductor blos Einſtehen für dolus und culpa auferlegt wird: l. 9 pr. l. 11 §. 3 l. 13 §. 1 loc. 19, 2. Allein ihnen iſt keine Bedeutung beizulegen; in allen dort behandelten Fällen kann die Haftung für Cuſtodia gar nicht in Frage kommen, weil ſie nichts mit ihr gemein haben. So z. B. iſt in l. 9 pr. cit. davon die Rede, daß die vermiethete Sache ohne Dolus und Culpa des Vermiethers evincirt worden iſt, und es frägt ſich, ob und inwieweit der Vermiether haftet? Im Falle der l. 11 §. 3 cit. hat ein Frachtfuhrmann das Gut unterwegens in einem Magazin niedergelegt, weil Jemand darauf Eigenthums-

34) Zuletzt ſind noch zu erwähnen die Worte von Pomponius in l. 16 de cond. furt. 13, 1: in commodati non facile ultra culpam tenetur; alſo: nicht leicht haftet man über die Culpa hinaus, aber man haftet doch möglicherweiſe.

anſprüche erhob; es frägt ſich, ob er haftet? Im Falle der l. 13 §. 1 cit. hat ein Schiffer kurz vor der Einfahrt das Gut auf ein andres Schiff geladen, weil das bisherige nicht in den Hafen einzubringen war; das Schiff, in welchem ſich das Gut jetzt befindet, geht unter; haftet der Schiffer?

Dahingegen gibt es andre Zeugniſſe, in denen unſer diligentissimus paterfamilias deutlich zu leſen iſt:

§. 5 I. de loc. et cond. 3, 24: Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda non tenebitur.[35])

Im erſten Satz verweiſt Juſtinian hinſichtlich der Obliegenheiten des Miethers auf die Abrede, ſodann auf das bonum et aequum; darunter iſt ſchwerlich mehr als die Haftung für culpa levis zu verſtehen. Nun aber werden drei Fälle aufgeführt, bei denen die custodia diligentissimi patrisfamilias verlangt wird; als Grenze derſelben erſcheint wiederum der Caſus; denn es heißt am Schluſſe, daß wenn trotz Beobachtung jener Cuſtodia die Sache durch Zufall untergegangen iſt, der Conductor unverhaftet bleibt. Mir ſcheint die Wortfaſſung darauf hinzudeuten (aut-aut), daß jene Fälle nicht bloſe Beiſpiele ſind und daß daher jede Analogie ausgeſchloſſen iſt; auch Theophilus in ſeiner Paraphraſe führt nur jene drei Fälle an;[36]) Kleider pflegt man am Leibe zu tragen, Silbergeſchirr hat man (wenn man es miethet) im beſtändigen Gebrauch und Obſicht, Zugthiere läßt man nicht ohne Hirten;

---

35) Theophilus III, 24 §. 5 überſetzt: ὅσην σφόδρα ἐπιμελέστατος περὶ τὰ οἰκεῖα παρέχει πράγματα. ἐὰν γὰρ παράσχῃ καὶ τυχηρῶς τὰ χρησθέντα ἀπώληται πράγματα, προφάσει τῆς πραγμάτων ἀποκαταστάσεως οὐ κρατεῖται.

36) Paraphr. III, 24 §. 5: ἐρθῆτα ἢ ἄργυρον ἢ ζῶον . . . .

daher ist hier die custodia diligentissimi patrisfamilias nicht schwer zu prästiren.

Wäre überall bei der Miethe diese letztere zu prästiren gewesen und hätte es sich nur um eine Illustration durch Beispiele gehandelt, so hätte Justinian nicht den häufigsten Fall der Miethe, die Wohnungsmiethe, übersehen dürfen; von diesem berichtet aber sogar Ulpian anderweitig, daß der Miether für die Culpa seiner Sklaven und Gäste nur dann aufkomme, wenn er in inducendis servis vel hospitibus eine Culpa begangen habe[37]):

l. 11 pr. loc. 19, 2: Videamus, an et servorum culpa et quoscunque induxerit, praestare conductor debeat; et quatenus praestet, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur, et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites, et ita Pomponius . . . probat.

Nun gibt es zwar eine Kaiserconstitution, welche überall die Prästation von custodia im eminenten Sinn vom Miether verlangt:

l. 28 C. de loc. et cond. 4, 65: In judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Indeß ist dieselbe ein Rescript an einen anfragenden Privatmann, der wahrscheinlich der Meinung gewesen war, daß der Miether auch für Casus aufkomme; der negative Bestandtheil des Rescripts ist vom Kaiser ins Auge gefaßt; der positive ist etwas flüchtig concipirt, wie sich auch daraus ergibt,

---

37) Vgl. ferner l. 27 §. 9 ad l. Aq. 9, 2: Si fornacarius servus coloni ad fornacem obdormisset, et villa fuerit exusta, Neratius scribit, ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit . . .

daß er dicht neben den dolus die custodia stellt (die culpa also übergeht).[38])

Noch ein Argument zu Gunsten meiner Ansicht bietet:

l. 14 §. 12 de furt. 47, 2 (Ulpian): Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa ejus surrepta sit res.

Der Miether einer Sache hat nur dann die furti actio, wenn der Diebstahl in Folge seiner Schuld möglich war, nicht also etwa wegen einer angeblich ihm obliegenden Haftung für Custodia im eminenten Sinn. — Ich brauche übrigens wohl kaum zu bemerken, daß Ulpian hier die Regel ausspricht, während er im §. 16 („item locati") an die Ausnahmen der Kleider, des Silbergeschirres und Viehes denkt.

6) §. 8. Der Pfandgläubiger haftet für exacta diligentia, für custodia. Abweichende Meinung von Paulus.

„Pignorisve accepti" heißt es in der bereits in §. 5 besprochnen l. 14 §. 16 de furt. 47, 2.

Prüfen wir, ob andre Quellenzeugnisse es bestätigen, daß der Pfandgläubiger nicht blos für Culpa, sondern darüber hinaus bis zu höherer Gewalt und Zufall haftet.

Nun gibt es einige Stellen, in denen ausdrücklich die Haftung des Pfandgläubigers auf dolus und culpa beschränkt wird: l. 22 §. 4. l. 25 de pign. act. 13, 7; indeß sind sie ohne alle Bedeutung für unsre Frage, weil es sich in ihnen eben nicht um Bewahrung der Sache vor Schaden und Diebstahl handelt. Im Falle der l. 22 §. 4 cit. hat der Pfandgläubiger beim Pfandverkauf die Dupla versprochen und später, da der Käufer Eviction erlitt, zahlen müssen; darf er nun Regreß an den Pfandschuldner nehmen? Allerdings, erwiedert Ulpian, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut

38) Zwar könnte man meinen, unter custodia sei hier custodia boni viri gemeint (so Hasse culpa S. 284), allein diese Auslegung verbietet sich durch die Schlußworte, welche die Grenze enthalten, bis zu welcher die custodia diligentissimi patrisfamilias reicht: der casus cui resisti non potest.

paterfamilias diligens id gessit. — Im Falle der l. 25 cit. hat der Pfandgläubiger die verpfändeten Sklaven in Handwerken unterrichten lassen; darf er die Auslagen verlangen? Allerdings, erwiedert Ulpian, denn negligere (servos) creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur. In einer dritten Stelle (l. 9 §. 5 de reb. auct. jud. 42, 5) ist allerdings von Verschlechterung verpfändeter Grundstücke die Rede; allein hier ist die Haftungspflicht des Pfandgläubigers nur ganz beiläufig erwähnt; hauptsächlich wird die Lage von immittirten Gläubigern untersucht, und es wird ausgeführt, daß sie nur für dolus haften; beiläufig wird daran die Bemerkung angeknüpft, daß die gewöhnlichen Faustpfandgläubiger schlechter stehen, da sie nicht blos dolus, sondern auch culpa prästiren.

Dagegen gibt es anderweite Zeugnisse, welche entschieden die aufgeworfne Frage bejahen.

Zunächst wird im §. 4 I. qu. mod. re contrah. obl. 3, 14 dem Pfandgläubiger exacta diligentia auferlegt, und daraus die Folge gezogen, daß blos Casus ihn entbindet:

> Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur; qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur (et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum) placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet;[39]) quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

Die Wortfassung macht Justinian keine Ehre; „placuit sufficere“ schreibt er, als wenn die Haftung für exacta diligentia nicht eine scharfe Ausnahme enthielte[40]); allein der Schlußsatz läßt keinen Zweifel, daß der Pfandgläubiger blos durch Casus haftfrei wird; auch haben wir exacta diligentia

39) Theophilus Paraphr. III, 14 §. 4 spricht von πολλὴ ἐπιμέλεια, und fügt hinzu, daß der Casus nicht vom Creditor getragen werde.

40) Oder sollte es etwa römische Juristen gegeben haben, die dem Pfandgläubiger selbst die Haftung für Casus auferlegten? Gewiß nicht.

bereits beim Commodatar in diesem Sinne kennen gelernt (s. oben §. 6 S. 65) und werden sie später beim Negotiorum gestor in demselben Sinne wiederfinden.

Dazu kommen dann zwei Stellen aus den Digesten resp. dem Codex:

l. 13 §. 1 de pign. act. 13, 7 (Ulp.): Venit autem in hac actione et dolus et culpa,[41]) ut in commodato venit et custodia, vis major non venit.

l. 19 C. de pignoribus. 8, 14: Sicut vim majorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam sed et custodiam exhibere cogitur. (Dioclet. et Maxim.)[42])

Nach beiden Stellen genügt es nicht, daß der Pfandgläubiger dolus und culpa prästire, er haftet auch für Custodia; nun meint zwar Hasse[43]), daß die Worte et custodia blos eine nähere Bestimmung der vorhergehenden Culpa enthalten, allein einmal geht das wegen der Wortfassung (et — sed et) nicht an, außerdem ist es auch deshalb unzulässig, weil über die custodia hinaus blos vis major angegeben wird, für welche allein der Gläubiger nicht haften soll.

Allein es hat wirklich einen römischen Juristen gegeben, welcher eine andre Meinung hatte: Paulus, von welchem

41) In den Ausgaben wird gewöhnlich das Komma hinter ut in commodato gesetzt; allein mit Unrecht; ich habe schon oben S. 63 bei Erörterung des Kaufs nach Maß, Zahl und Gewicht auf l. 3 de peric. et comm. 18, 6 aufmerksam gemacht, wo hinsichtlich der Haftung für Custodia gleichfalls das Commodat als Normalfall angezogen wird. Daß das Komma vor ut in commodato zu setzen sei, behaupteten schon Wächtler de grad. culpae Viteb. 1680 und Gensler exerc. ad doctr. de culpa. fasc. I. p. 76. 79.

42) Auch in l. 6 C. de pign. act. 4, 24 wird der Pfandgläubiger frei von Haftung für casus erklärt; von culpa und custodia ist aber dort nicht die Rede.

43) Culpa S. 375. Er beruft sich darauf, daß in l. 22 §. 4 eod. gleichfalls als nähere Bestimmung der Culpa die Worte hinzugefügt seien „et ut paterfamilias diligens id gessit". Mit Unrecht; die Stelle lautet: si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut paterfamilias id gessit; davon gehen die ersten Worte auf den Verkauf, die letzten auf die Wahrnehmung der Pflichten im Evictionsproceß

zwei Fragmente in dieſer Beziehung vorhanden ſind: l. 14. l. 30 de pign. act. 13, 7:

l. 14 cit.: Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

l. 30 cit.: Qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate retinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.

Zwar iſt die Entſcheidung in l. 30 richtig; das Floß iſt durch vis major untergegangen und dafür haftet nur der, wer ſie verſchuldet; allein in der Begründung fügt doch Paulus hinzu, der Gläubiger käme, falls der Schuldner ihm die Zurückhaltung des Kahns geſtattete, blos für Culpa auf; er mußte hier, falls er mit Ulpian und den ſpätren Kaiſern übereinſtimmte, die Cuſtodia erwähnen; denn wie leicht wird ein Floß von einem Diebe losgebunden und fortgeſchafft! Aller Zweifel verſchwindet durch l. 14 cit., wo Paulus vom Pfandgläubiger blos das Benehmen des diligens (nicht diligentissimus) paterfamilias verlangt.[44]) Daß dieſe Lex von den Compilatoren unmittelbar an l. 13 §. 1 cit. angeſchloſſen wurde, worin dem Pfandgläubiger auch die Cuſtodia auferlegt wurde, erbringt kein Zeugniß für ihre Sorgſamkeit.

Nicht hingegen will ich darauf Gewicht legen, daß am Ende von l. 18 pr. comm. 13, 6 res pignori datae mit res dotales hinſichtlich der Culpa zuſammengeſtellt werden:

... at si utriusque (gratia commodata sit res), veluti si communem amicum invitaverimus ad coenam, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam

44) Soll man ein Gleiches von l. 5. l. 8 C. de pign. act. 4, 24 annehmen? Ich glaube nicht; beide können ſich ſehr wohl auf den ohne Culpa des Gläubigers eingetretenen caſuellen Untergang des Pfandes beziehen; denn davon wird auch ſonſt casu rem amittere, perdere gebraucht; vgl. §. 4 I. qu. m. re obl. 3, 14 und §. 5 I. de loc. cond. 3, 24.

invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Daß dieſe Lesart unrichtig iſt, und daß societatis ſtatt pignori datis conjicirt werden muß, hat ſchon Puchta bemerkt; genau genommen aus mehr als drei Gründen; aber drei will ich herſetzen:

1) Die Zuſammenſtellung mit res dotales;
2) der vorgelegte Rechtsfall, der eine Societät enthält;
3) die Abweichung nicht blos von Ulpian und den Kaiſern, ſondern ſelbſt von Paulus.

Es bleibt mir übrig, den letzten Punkt zur Erörterung zu ziehen, inwiefern dem Pfandgläubiger die actio furti zuſteht. Ich mache darauf aufmerkſam, daß der Pfandgläubiger möglicherweiſe aus einem doppelten Grunde zu dieſer Klage berechtigt iſt: ſowohl weil ihm das Pfand Sicherheit für die Forderung gewährt, als weil er für Cuſtodia haftet. Alle Stellen, die vom erſteren Geſichtspunkt ausgehen, ſind für uns unbrauchbar; wir müſſen einen Fall aufſuchen, wo der Pfandgläubiger keine Forderung mehr hat, z. B. wenn ihm die Sache mehrmals hintereinander geſtohlen wird, und er vom erſten Diebe Sache wie Forderung erſtattet erhalten hat. Nun enthalten zwar die Quellen ſolche Fälle, aber ſtets handelt es ſich um verpfändete Sklaven, alſo um res quae custodiri non solent:

l. 14 §. 6 de furt. 47, 2: Idem scribit, si, quum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum surripiatur, quia desiit mea interesse, quum semel sim consecutus. Haec ita, si sine culpa mea surripiatur; nam si culpa mea, quia interest eo quia teneor pigneratitia actione, agere potero . . . .

§. 7. Jdem dicunt, et si duo servi surrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori; . . . . . separatim autem duobus surreptis, si

unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.

Natürlich bedarf es der culpa creditoris, eben weil Sklaven Gegenstand des Pfandrechts sind. Ich habe vergeblich einen gleichen Fall mit Pfandrecht an anderen Sachen gesucht, und ich muß deshalb den Beweis schuldig bleiben, zugleich aber darf ich versichern, daß ich kein meiner Ansicht im Wege stehendes Quellenzeugniß kenne.

7) §. 9. Der Negotiorum gestor haftet für exacta, exactissima diligentia; ihm gleich steht der mit einem Vindicationslegat beschwerte Erbe.

Ich habe schon oben §. 5 S. 63 auf die Institutionenstelle hingewiesen, in welcher dem Negotiorum gestor Haftung für exactissima diligentia auferlegt wird:

§. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. nasc. 3, 27: ... Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.[45])

Auch der Schlußsatz, der mit l. 3 de per. et comm. 18, 6 harmonirt, ist bereits oben, S. 63 von mir erklärt worden.

Kürzer drückt denselben Gedanken Paulus in seinen Sententiae receptae I, 4 §. 1 aus:

Qui negotia aliena gerit et bonam fidem et exactam

45) Theophilus Paraphr. 4, 27 §. 1: *οὐδὲ γὰρ ἐξαρκεῖ αὐτῷ, ... το τοιαύτην ἐπιμέλειαν ἐπιδείξασθαι περὶ τὴν ἀλλοτρίαν οὐσίαν, οἵαν εἰώθει ἐπὶ τοῖς οἰκείοις ποιεῖσθαι πράγμασιν, μόνον μέν τοι, εἴγε ἕτερος ἐπιμελέστερος ἐπωφελέστερον ἤμελλε διοικεῖν τὰ πράγματα. τότε γὰρ οὐ πρὸς τὴν αὐτοῦ τοῦ διοικητοῦ, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἑτέρου ἐπιμέλειαν τὰ τῆς διοικήσεως κρίνεται.*

diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, praestare debet.

Dem gegenüber ist es ohne Erheblichkeit, daß nach zwei Coderstellen der Negotiorum gestor blos für culpa levis, omnis diligentia haftet (l. 20 C. de neg. gest. 2, 19. l. 24 C. de us. 4, 32); in beiden Stellen sind die Fälle der Art, daß Abwehr von Schaden und Diebstahl nicht in Betracht kommen kann; in l. 20 handelt es sich um eingezogne Gelder, in l. 24 um nicht ausgeliehene. — Endlich ist es unerheblich, daß der negotiorum gestor nicht befugt zur Anstellung der act. furti ist; diese wird ihm nicht blos dann verweigert, wenn er seiner Pflicht zur Custodia nicht nachgekommen, sondern auch wenn der Diebstahl geradezu durch seine Culpa erfolgt ist.[46])

In der Ueberschrift dieses §. habe ich mit dem Negotiorum gestor den Erben zusammengestellt, dem ein Vindications-Legat auferlegt ist. Mir scheint zwischen Beiden eine bedeutende Verwandtschaft zu bestehen, ja mehr noch: der Erbe scheint mir die Rolle eines Negotiorum gestor zu haben.

Ich lege kein Gewicht darauf, daß im Titel III, 27 der Institutionen unter den dort aufgeführten Quasicontracten der Geschäftsführer und Erbe getrennt werden; die Quasicontracte (ein horribles Wort, das erst Puchta uns geschenkt hat) sind eine Erfindung von Justinian, welche aus einer Andeutung von Gaius hervorgegangen ist; kein Römer außerdem kennt sie.

Ich behalte mir vor, diese Ansicht gelegentlich auszuführen, und verweise vorläufig auf l. 5 de obl. et act. 44, 7. Ich darf jedenfalls behaupten, daß ohne jene Institutionenstelle man dem Erben, der eine per vindicationem legirte erbschaftliche Sache in Händen hat, durchaus die Rolle eines Negotiorum gestor zuweisen würde; denn obligatorisch ist er nicht verpflichtet, zugleich darf man wohl annehmen, daß er, die Anordnung des Erblassers in Ehren haltend, das Interesse des Legatars wahrnehmen, aliena negotia geriren wollen wird.

Von diesem Gesichtspunkt aus erlangt man Einsicht in

46) l. 53 §. 3 de furt. 47, 2.

l. 47 §§. 5. 6 de leg. I (30): Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius puto. (§. 6). Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi; quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Hasse[47]) meinte zwar, daß in §. 5 die diligentia als Bestandtheil der Culpa behandelt werde; allein er war seiner Sache nicht recht gewiß, denn er fügte hinzu, daß jedenfalls die diligentia nicht der culpa, sondern der culpa levis entgegengesetzt werde, und also über diese hinaus liegen müsse. Ganz dies ist meine Meinung; mit diligentia, die Ulpian offenbar hier im eminenten Sinne nimmt, bezeichnet er die diligentia exactissima, die Haftung für custodia im eminenten Sinn. Das ergibt sich aus dem folgenden §. 6; denn (heißt es hier) für Casus braucht freilich der Erbe nicht aufzukommen, — außer wenn er in Mora ist.

Diese Ausführung gilt nicht für das Damnationslegat. Von diesem heißt es denn auch in l. 26 §. 1 de leg. I (30):

Si certum corpus heres dare damnatus sit, nec fecerit, quominus ibi, ubi id esset, traderet, si id postea sine dolo et culpa perierit, deterior fit legatarii conditio.

Der mit dem Damnationslegat behaftete Erbe ist mit dem Antritt der Erbschaft Obligationsschuldner und haftet daher blos für dolus und culpa. — Das Gleiche gilt von dem Fiduciar (l. 22 §. 3 ad sct. treb. 36, 1). — Andre dem negotiorum gestor analoge Fälle s. in §§. 10. 11.

8) §. 10. Andre Geschäftsführer (Mandatar, Gemeinschafter, Vormünder) haften gar nicht oder nur ausnahmsweise für diligentia und custodia im höchsten Sinne.

Daß der Mandatar nicht für diligentia exactissima haftet, folgt schon aus der oben §. 5 erörterten l. 14 §. 17

47) Culpa S. 158.

de furt. 47, 2. Der dort behandelte Briefbeförderer hat die act. furti (haftet für custodia d. h. für diligentia exactissima) nur dann, wenn er bezahlt worden ist; entgegengesetzten Falles ist er Mandatar und hat dann keine act. furti, haftet dann (abgesehen von besondrer Abrede: si custodiam recepit) nicht für custodia noch diligentia exacta. Erinnert man sich, daß der Mandatar keinen Vortheil hat, und daß daher einzelne römische Juristen (z. B. Modestinus[48]) blos die Haftung für dolus ihm auferlegen, so wird man jenes Resultat sehr begreiflich finden.

In gleicher Lage sind Gemeinschafter, die ihre Geschäfte führen; mit der culpa in concreto[49]) ist die Haftung für custodia schlechthin unvereinbar; denn jene ist eine Milderung der culpa in abstracto, diese aber gerade eine Steigerung. Demgemäß findet sich hier, sowie bei den Vormündern, nirgends unsre diligentia diligentissimi patrisfamilias.[50]) Einen Ausnahmefall enthält

l. 52 §. 3 pro soc. 17, 2 (Ulpian.): Damna quae imo prudentibus[51]) (denn so muß gelesen werden, nicht aber imprudentibus, welches keinen Sinn gibt) accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit; quodsi a furibus surreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit.

Daß die Aestimation die Haftpflicht steigert, haben wir

48) Collat. Mos. et Rom. Legum 10, 2 §. 3.

49) Es war streitig, ob selbst diese prästirt werde; s. §. ult. I. de soc. 3, 25.

50) Ausdrücklich überliefert in l. 72 pro soc. 17, 2.

51) Andere Emendationsversuche s. bei Glück IV. S. 323 Note 8. Zwar nimmt Goldschmidt (Zsch. f. Handelsr. III. S. 89 N. 55) die Lesart imprudentibus in Schutz; allein in der von ihm angezogenen l. 19 §. 3 de neg. gest. 3, 5 und l. 24 §. 1. l. 29 de act. emt. vend. 19, 1 hat imprudens die Bedeutung von „bona fide".

ſchon oben bei Erörterung des Commodats[52]) geſehen: Der Commodatar ohne Aeſtimation haftet bis zu casus und vis major, der Commodatar mit Aeſtimation für Beides (l. 5 §. 3—§. 5 comm. 13, 6; oben §. 6 S. 68). Der Socius ohne Aeſtimation haftet bis zu custodia, der Socius mit Aeſtimation haftet auch dafür (alſo auch für einfachen Diebſtahl), nicht aber für vis major und casus (alſo nicht für Raub und Brand).

Eine zweite Ausnahme findet ſich im Gebiet der Tutel:

l. 53 §. 3 de furt. 47, 2 (Paul.): Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit... Eadem sunt in eo qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore qui diligentiam praestare debet, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

Der Protutor und der echte, aber zur ausſchließlichen Verwaltung ſich drängende Vormund werden hier dem negotiorum gestor zur Seite geſtellt, und namentlich von jenem Präſtirung der diligentia ſchlechthin verlangt; letztere iſt gewiß hier wie in l. 47 §. 5 de leg. I als diligentia exactissima aufzufaſſen.[53])

9) §. 11. Der Depoſitar haftet nur ausnahmsweiſe für Cuſtodia.

Es iſt allzu bekannt, daß der Depoſitar blos für dolus einſteht, nicht für custodia, wie ausdrücklich Gaius III. §. 207 und Juſtinian (§. 17 I. 4, 1) bezeugen; eine weitergehende Haftung muß durch beſondre Umſtände veranlaßt ſein, und zwar

1) durch Bezahlung des Depoſitars; zwar meint man gewöhnlich, daß dann das Depoſitum in Miethe übergehe, aber das Gegentheil hat bereits einer meiner Zuhörer in einer Inau-

52) Aehnliche Fälle ſ. in l. 54 §. 2 loc. 19, 2. l. 11 pr. de r. c. 12, 1. l. 1 §. 1 de aest. 19, 3. l. 10 §. 6 de jure dot. 23, 3; vgl. auch Gai. III 146..

53) Der Umſtand, daß ſie die act. furti nicht haben, ſchadet unſrer Auffaſſung nicht; ſ. die gleiche Lage des negotiorum gestor, oben S. 82 N. 46.

guraldiſſertation,[54]) über die ich gelegentlich einmal berichten werde, nachgewieſen; vorläufig verweiſe ich auf l. 5 §. 1 comm. 13, 6, wo zugleich dem Depoſitar in dieſem Fall die Haftung für culpa levis auferlegt wird;

2) durch Aufdrängen des Depoſitars; davon handelt:

l. 1 §. 35 depos. 16, 3 (Ulp.): Saepe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint ejus, apud quem deponuntur, utputa si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen ut non solum dolum sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Wir finden diejenige Haftungsſkala wieder, die ſich mit Leichtigkeit ergibt, wenn in die jetzt herrſchenden Begriffe die diligentia exactissima als Mittelglied eingeſchoben wird, dolus — culpa — custodia — casus fortuiti (und vis major); der ſich aufdrängende Depoſitar haftet für die drei erſten Grade, ohne Zweifel deshalb, weil auch er die Rolle eines negotiorum gestor zu führen ſcheint.

10) §. 12. Commodatähnliche Geſchäfte.

Drei Fragmente ſind hierüber vorhanden, ſämmtlich von Ulpian:

l. 10 §. 1 comm. 13, 6: Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur; et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit, si sui, et custodiam et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit; si vero ipse, cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.

l. 17 §. 2. de praescr. verb. 19, 5: . . . si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et

54) de Philippsborn: de natura depositi et mandati. Berol. 1866.

dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

l. 17 §. 4 eod.: Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime praestiturum; ex quo apparet, utique custodiam ad me pertinere.

Commodatähnlich ist das Geschäft natürlich nicht dann, wenn die Sachen lediglich im Interesse des Eigenthümers zum Ansehen gegeben wurden; in diesem Falle wird also blos dolus prästirt; umgekehrt ist es unbedingt commodatähnlich, wenn lediglich der Empfänger ein Interesse hat; hier umfaßt die Haftung auch die Custodia im eminenten Sinn; so daß andrerseits die Berechtigung zur act. furti entspringt. Alles dies sagt klar die erste Hälfte von l. 10 §. 1 cit.; in der zweiten Hälfte, worin es sich um Rückgabe der Sache handelt, scheint der Jurist einer anderen Meinung zu folgen, denn es heißt (wenigstens nach dem vorliegenden Texte), daß, wenn der Rückgebende den Boten selbst auswählte, „aeque culpam praestabit, si sua causa accepit". Aber das aeque ist der sicherste Hinweis, daß statt culpam vielmehr custodiam gelesen werden muß: denn im Vorhergehenden ist nirgends Culpa, sondern nur Custodia erwähnt. Zweifelhafter ist der Fall, wenn sowohl Geber als Empfänger bei dem Ansehn der Sache betheiligt sind; in l. 17 §. 4 cit. (venderes = in Verkaufsunterhandlungen stehen) wird dieser Fall ganz dem Commodat gleich behandelt, und der Empfänger nur von der Haftung für vis major frei erklärt, nicht aber von der Haftung für Custodia im eminenten Sinn (utique custodiam). Auf den ersten Anblick meint man, daß l. 17 §. 2 cit. damit in Widerspruch steht, weil dort im gleichen Fall der Empfänger blos für Culpa haftet; allein mit Unrecht; dort spricht sich der Jurist über die Haftung für custodia nicht aus, er schweigt davon, aber er leugnet sie nicht ab; das geht daraus hervor, daß er das Gleiche für den Fall bestimmt, daß lediglich im Interesse des Empfängers die Sachen zum Ansehn gegeben wurden.

§. 13. Die l. 23 D. de reg. jur. 50, 17.

Ich recapitulire die Resultate meiner Ausführungen in den §§. 2—12. In dem Rechtsverhältniß des Speicherinhabers, welcher hinsichtlich der aufgenommnen Sachen für jeden Schaden steht mit alleiniger Ausnahme des durch vis major und casus fortuiti herbeigeführten, befindet sich

der Schiffer und Wirth;

der Verkäufer nur ausnahmsweise, nämlich bei denjenigen Sachen, die nach Maß, Zahl und Gewicht verkauft worden sind;

der Commodatar immer, ebenso ihm gleichstehende Personen;

der conductor operis und operarum immer, der conductor rerum nur ausnahmsweise (nach den Institutionen und Theophilus nur bei der Miethe von Kleidungsstücken, Silbergeschirr und Vieh);

der Faustpfandgläubiger immer;

der freiwillige Geschäftsführer immer, (also auch der Protutor), andre Geschäftsführer nur unter besondren Umständen (der Gemeinschafter bei res aestimatae, der Vormund nur, wenn er sich zur alleinigen Verwaltung drängt);

der Depositar nur, wenn er sich aufdrängt.

Dieses Resultat wird durch die in der Ueberschrift genannte vielbesprochne l. 23 de reg. jur. 50, 17 von Ulpian durchaus bestätigt. Sie lautet:

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidam et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit; sed haec ita, nisi quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium est et ita utimur. Ani-

malium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Der Text ist nicht ganz sicher, aber er läßt sich mit Sicherheit herstellen. Es handelt sich um die Worte der Florentina: in his quidem et diligentiam. Dafür liest Hasse und Huschke: in his quidem et diligentia; Huschke jedoch conjicirt noch praestatur hinein; Donellus aber: in his quidam et diligentiam.[55]) Alles dies ist durch Handschriften und Drucke bekräftigt. Unbedenklich gebe ich der Donellischen Lesart den Vorzug; sowohl die Wortfassung und Construction der ganzen Ulpianischen Erörterung als die Rechtssätze selbst beweisen die Richtigkeit jener Lesart.

Ulpian will eine gedrängte Uebersicht des in den bonae fidei-Contracten zu prästirenden Verschuldens geben; von dolus und culpa zu handeln, ist sein Vorsatz. Demgemäß theilt er die Contracte in solche, in denen blos dolus und in solche, in denen dolus und culpa prästirt wird; die einzelnen Contracte, welche in jede der beiden Classen gehören, werden mit quidam zusammengefaßt.

Während der Erörterung erinnert sich Ulpian an die Steigerungen der Haftung, die über die Culpa hinausliegen: diligentia diligentissimi patrisfamilias und vis major resp. casus fortuiti. An jene wird er durch die negotiorum gestio erinnert, an diese naturgemäß erst am Schluß des Ganzen. Bei der negotiorum gestio fügt er deshalb die Klammer hinzu: in his quidam et diligentiam, d. h. unter den eben aufgeführten Verträgen gibt es einige, die sich an Prästation von dolus und culpa nicht genügen lassen, sondern die Prästation von diligentia diligentissimi patrisfamilias verlangen.[56]) Diese Lesart, sagte ich, entspricht der Wortfassung und

55) Löhr las in his quaedam et diligentiam; er meinte, daß die Fälle der negotia gesta, welche keine diligentia kennen, dadurch abgesondert werden sollen. Er hat nirgends Beifall gefunden.

56) Natürlich hat Donell ein anderes Verständniß; er bezieht die fraglichen Worte auf alle vorerwähnten sechs Contracte, in denen Culpa

der Conſtruction; der Wortfaſſung: denn zu den (im Anfang genannten) quidam contractus qui dolum malum recipiunt und quidam contractus qui et dolum et culpam recipiunt, treten jetzt quidam contractus qui et diligentiam recipiunt; der Conſtruction, denn keine Ergänzung iſt nöthig außer recipiunt, welches ganz im Anfang ausdrücklich zu leſen iſt, nachher aber vom Juriſten ſowohl bei Erwähnung des dolus als des dolus und der culpa, natürlich auch bei Erwähnung der diligentia ungeſchrieben bleibt.

Aber nicht blos Wortfaſſung und Conſtruction, ſondern die Rechtsſätze ſelbſt, die ich in gegenwärtiger Abhandlung zu entwickeln bemüht war, verlangen die Donelliſche Lesart. Oft genug habe ich die viergliedrige Haftungsſcala angedeutet: dolus — culpa — custodia sive diligentia diligentissimi patrisfamilias — vis major reſp. casus fortuiti. Ganz dieſelbe Scala bietet uns l. 23 cit. dar: in einigen Contracten (ſagt Ulpian) haftet der Schuldner für dolus, in anderen auch für culpa, in einigen von den letzteren noch für diligentia diligentissimi patrisfamilias (Alles dies kann bis zu einem gewiſſen Maß durch Vertrag abgeändert werden), allein für vis major und casus haftet Niemand. Man ſieht: ohne alle Conjectur und ohne jeden den Worten angethanen Zwang ergibt ſich eine Ueberſicht der Haftung der Schuldner in bonae fidei-Contracten. Denn daß ich diligentia mit diligentia diligentissimi patrisfamilias wiedergebe, wird mir hoffentlich Niemand als Zwang auslegen, der ſich der l. 47 §. 5 de leg. I, und l. 53 §. 3 de furt. 47, 2 (oben S. 82, 83) erinnert.

Ich habe meine Erklärung des Fragments vorausgeſchickt; ich wollte mich damit nicht einer Beurtheilung der Erklärungen meiner Gegner entziehen; zu dieſer wende ich mich jetzt.

Die Florentiniſche Lesart iſt blos von älteren Juriſten (Cagnolus) in Schutz genommen; man müßte dann praestamus ergänzen, und dazu gibt es keinen Anhalt; hinwiederum iſt quidem völlig überflüſſig.

---

präſtirt wird. Dagegen ward von Haſſe (Culpa S. 226) mit Recht polemiſirt.

Die Haſſeſche Lesart bewog ihren Anhänger zu der Annahme, die fraglichen Worte blos auf die negotiorum gestio zu beziehen. „Warum (frägt Haſſe[57]) wurde denn hier dieſe Bemerkung gerade allein bei den negotiis gestis eingeſchoben, da doch von dieſen hier gar nicht vorzüglich und beſonders die Rede iſt? Hierauf läßt ſich antworten: 1) daß wir die Stelle nicht mehr in ihrem urſprünglichen Zuſammenhange haben; vielleicht hat ſie darin eine ſolche beſondere Beziehung auf die negotiorum gestio gehabt; 2) es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß Tribonian die Parentheſe eingeſchoben. . . 3) will man aber dies nicht annehmen, ſo wäre es auch gar kein Verſtoß gegen hermeneutiſche Wahrſcheinlichkeit, wenn man dem Ulpian ſelbſt hier eine etwas flüchtiger gefaßte Rede zutraute. . . ." Dieſe Worte enthielten zu kühne Wagniſſe, als daß ihnen Jemand beigetreten wäre.

Vielmehr verſchaffte ſich ſpäter eine Conjectur meines hochverehrten Lehrers Huſchke[58] allgemeinen Beifall; und in der That: jedes Wort zeugt von der geiſtreichen Hand, welche ſie geſchrieben hat. Huſchke, der wie Haſſe „in his quidem et diligentia" las, bezog dieſe Bemerkung nicht auf die negotiorum gestio, ſondern auf alle vorhergehenden Contracte, gelangte dann aber zu dem Schluß, daß die Stelle entſchieden Unrichtigkeiten enthalte; und er mußte dazu gelangen, weil er diligentia als diligentia in abstracto (boni patrisfamilias) auffaßte. Demgemäß nahm er eine von Ungefähr oder durch Nachläſſigkeit erfolgte Zeilentranspoſition an, ergänzte außerdem das Wort praestatur (denn „die Auslaſſung von praestatur bei diligentia iſt beiſpiellos hart"), und gelangte ſo zu folgender Lesart:

. . . dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia praestatur); item dotis dictio, tutela, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit". . .

57) Culpa S. 227.
58) Rhein. Muſeum VII, 74 ff.

Mir erscheint aus einem dreifachen Grunde die Conjectur unannehmbar: 1) das quidem (in der Phrase: in his quidem . . .) ist durchaus überflüssig; 2) die diligentia wird hier in einem unrichtigen Sinn genommen, denn sie steht hier wie in l. 47 §. 5 de leg. I der culpa entgegen, und darf nicht als nähere Bestimmung der culpa angesehen werden; 3) die Ergänzung von praestatur ist ohne Anhalt. Vielleicht läßt sich mein verehrter Lehrer durch diese Bemerkungen bestimmen, seine Conjectur nochmals einer Prüfung zu unterwerfen.

§. 14. Innerer Gehalt der diligentia exactissima und des diligentissimus paterfamilas?

Ich komme zum letzten aber nicht zu dem leichtesten Theile meiner Arbeit: zu der Untersuchung der Frage, ob die diligentia exactissima resp. der diligentissimus paterfamilias einen inneren Gehalt habe?

Wir erinnern uns Alle der Worte, mit denen die Schriftsteller jede über die diligentia boni patrisfamilias hinausgehende Sorgfalt bezeichneten; je nach der Gemüthsanlage ihrer Verfasser variirten sie zwischen feiner Ironie, derbem Tadel, ernster Würde; bald hieß es: „die Behauptung, daß feine Arbeiten besonderes Talent und vorzügliche Accurateſſe verlangten, enthalte einen Irrthum, der sich einschmeichle, und dem daher viele Gehör geben“[59]; bald wieder: „über die Sorgfalt eines diligens paterfamilias hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narren“[60]; bald endlich: „die Theorie der Trichotomisten ist ebenso unnatürlich als ungesetzlich“[61]. Eines Lächelns aber konnte sich Niemand erwehren, der da hörte, daß frühere Autoren sie als die „diligentia vehementissima“ oder „so ein rechtes Ueberströmen von Fleiß“ (redundantia quaedam diligentiae) bezeichneten.

Wie verhält sich dazu meine obige Ausführung? Will sie den Kampf mit allen jenen Autoritäten der Rechtswissenschaft wie der gesunden Vernunft aufnehmen?

---

59) Hasse Culpa. S. 93.
60) Puchta Vorlesungen. II ; 99.
61) Vangerow Pandecten. §. 107.

Gewiß nicht; der Rückschritt, den unsre Wissenschaft zwischen Donell und Thibaut that, soll von mir nicht wieder eingeleitet werden; ich bleibe auf der von Donell gegebenen Grundlage stehen, aber ich baue auf ihr weiter; ich kenne eine blos zweigliedrige Culpa, aber daneben eine gesetzliche Haftung für Garantie.

Wenn es einen Menschen gäbe, der gar kein Vermögen hätte, dem Essen und Trinken von irgend wem regelmäßig gereicht würde, und der endlich eine Sache commodirt empfinge: so würde man vielleicht von diesem verlangen können, daß er diese Sache in fortwährender Obhut hielte, und auf diese Weise jeden (einfachen, nicht gewaltsamen) Diebstahl und jede (ohne gleichzeitige Gewalt gegen die Person herbeigeführte) Beschädigung verhinderte. Allein die Sache ändert sich, sobald wir ihn im Besitz eines Vermögens oder ohne Lebensunterhalt denken; ersteres muß er verwalten, letzteren muß er sich erarbeiten, in beiden Fällen kann er nicht mehr die Sache in fortdauernder Obsicht behalten und sie daher nicht vor Diebstahl und Schaden bewahren.

Nun erwäge man, daß ohne seine Schuld, aber auch nicht durch Zufall noch höhere Gewalt die Sache beschädigt wird, untergeht, fortkommt. Auf den Satz: casus a nemine praestatur kann sich der Commodatar nicht berufen, ebenso wenig der Commodant darauf, daß eine Culpa des Commodatars vorliege. Soll die Lücke im Recht unausgefüllt bleiben, und weil sie unausgefüllt ist, zum Nachtheil des Klägers ausschlagen? Des Klägers, der aus Gutherzigkeit die Sache verliehen, und der sicherlich nicht den Schaden erlitten hätte, wenn er die Sache behalten hätte, weil dann der dritte Beschädiger resp. Dieb keine Gelegenheit zum Vergehen gehabt hätte?

Wir stehen vor einem legislatorischen Problem: es soll einerseits Niemand für seine Gutmüthigkeit Schaden leiden, es soll andrerseits Niemand ohne seine Schuld verhaftet werden. Hier ist nur durch praktische Motive der Knoten zu lösen, und ohne Scheu und Bedenken entscheide ich mich dafür, den Commodatar ersatzpflichtig zu erklären; er entlieh die Sache, er gab also Anlaß, zwar nicht zum Schaden, aber doch zur Gelegen-

heit des Schadens (sit venia verbo!); er müßte auch, wollte er die Ersatzpflicht von sich ablehnen, einen weitläufigen Beweis übernehmen, der ihm doch nur selten gelingen wird.

Eine besondere Schwierigkeit entstand für die römischen Juristen. Die zu lösende Aufgabe war eine legislatorische; bei der sparsamen Art der gesetzgeberischen Thätigkeit im Gebiete des Privatrechts ließ sich jedoch nicht erwarten, daß jemals auf jenen (bei oberflächlicher Betrachtung) unscheinbaren Punkt das Auge des Gesetzgebers sich richten würde. Und doch war es ein Verkehrsbedürfniß, ihn in dem obgedachten Sinne zur Erledigung zu erbringen. Also mußte die Jurisprudenz die Arbeit übernehmen; sie mußte an einem bereits recipirten Begriffe anknüpfen, und unter der Hülle der Fortentwicklung eine neue Schöpfung vollziehen. Die Möglichkeit hiezu bot die Thatsache, daß man nicht jede, sondern nur die *große* Nachlässigkeit als Culpa auslegte (vgl. oben §. 1 und die Worte der l. 226 de v. s. 50, 16: *magna* negligentia culpa est); mithin konnte man die Sorgfalt, welche nicht die geringste Nachlässigkeit zuläßt, als einen ganz ausgezeichneten Grad von Achtsamkeit bezeichnen. So erkläre ich mir den diligentissimus paterfamilias und die exactissima (exacta) diligentia; anscheinend eine Steigerung von hergebrachten technischen Verhältnissen enthalten sie in Wahrheit den neuen Gedanken der Garantiehaftung bis zu Casus und höherer Gewalt.

Beim Commodat wurden sie (in Nachahmung der Haftung des Speicherinhabers, Schiffers und Wirthes) herangebildet, auf das Faustpfand, die freiwillige Geschäftsführung und die Sachmiethe wurden sie übertragen; schon bei letzterer trat eine Beschränkung ein, indem sie nur in wenigen Fällen für jene Steigerung empfänglich war; überall sonst, wo wir Garantiehaftung finden, hat sie den Character einer Ausnahme, die durch besondere Umstände motivirt wird; so beim Kauf nach Zahl, Maß und Gewicht, weil vor der Abmessung u. s. w. nondum prope venit, bei der Societät, sofern es sich um res aestimatae handelt, bei Depositum und Tutel, sofern sich Jemand aufdrängt. Ueberall sind es praktische Motive, welche die römischen Juristen geleitet haben, Verkehrsbedürfnisse, welche

zu befriedigen waren. Ob dieſe Verkehrsbedürfniſſe nicht heute ſich noch vermehrt haben, müſſen die Geſchäftsmänner und praktiſchen Richter wiſſen, ich ſelbſt glaube an einen Fall erinnern zu müſſen: den der Wohnungsmiethe. Der Römer bediente ſich der Sklaven im Hauſe und haftete für deren Vergehen wenigſtens mit noxae deditio; heutzutage, wo die Sklaverei wie die noxae deditio weggefallen iſt, iſt es meines Erachtens hohe Zeit, den Miether wegen aller Beſchädigungen ſeiner Dienſtleute haften zu laſſen, und höchſtens Einzelfälle (z. B. Brandſtiftung) auszunehmen.[62])

Auf einen Umſtand möchte ich noch aufmerkſam machen.

Ich habe ſoeben die Ausdrücke „diligentissimus paterfamilias, exactissima diligentia“ als Nothbehelfe erklärt, als Mittel zum Zweck, als Durchgangsſtufen zum Ziel. Sind ſie dies: ſo mußten ſie nach erfülltem Zweck bei Seite geworfen werden, und ſie ſind es wenigſtens von demjenigen Juriſten, der nicht zu den geringſten und jedenfalls zu den fruchtbarſten gehört: Ulpian. Faſt bei allen Verträgen, bei denen die Garantiehaftung vorkommt (Kauf, Commodat, Miethe, Pfand, Depoſitum, Societät, Legat) haben wir Ausſprüche von ihm angeführt, nirgends aber bei ihm jene Worte gefunden, ſondern entweder die diligentia ſchlechthin oder das custodiam praestare ſchlechthin. Das gibt uns einen Fingerzeig für die Fortbildung der Terminologie in unſerer Zeit.

62) Oder es wird nach und nach ſtehende Clauſel aller Miethsverträge werden (wie es ſchon jetzt in Berlin iſt), daß der Miether die Garantiehaftung ausdrücklich übernimmt.